

IGUALDAD Y SIMETRÍA: LA SELECCIÓN DE LOS DERECHOS

Francisco CARPINTERO

SUMARIO: I. *La razón de hoy, que es la ilustrada*. II. *Kant tuvo sus propias ideas*. III. *La separación del derecho y la moral*. IV. *“Una posibilidad siempre presente”*. V. *Un epílogo posible*.

No somos pasivos frente a *nuestros* derechos: no nos limitamos a decir “éstos son...”. Los seleccionamos de acuerdo con las exigencias de nuestro momento cultural, que ha seguido definitivamente el camino de la Modernidad. Samuel Pufendorf indicó la meta: el fin de la vida práctica es hacer posible la libertad individual, que ha de ser lo más amplia posible.¹ Mostró estas exigencias como realidades humanas ya constituidas, a las que dio el nombre de “cualidades morales”. Locke añadió a esta igual libertad la tercera cualidad moral indispensable en la sociedad capitalista: el derecho individual a la propiedad privada.² Así entraron en los comienzos del siglo XVIII los tres derechos fundamentales del hombre. La función del “Estado” (con mayúscula, porque es nombre propio) era la de garantizar en el *estado hipotético* de convivencia los derechos que los hombres ya poseían en el *status naturae*, que era el momento del *estado absoluto* del derecho natural. A causa de esta tarea aseguradora el

1 Este alemán propuso entender la libertad como un *status*, concretamente “Sic v.g. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae”. *Cfr. De iure naturae et gentium libri octo*, Francofurti et Lipsiae, 1759, l. I, cap. 1, 11, p. 11. En el 19 explica que esta cualidad moral “est enim maxime velut diffusiva sui”.

2 Locke siguió estrechamente las ideas de Hobbes y Pufendorf sobre la naturaleza de la “ley” natural, que sólo crea derechos, no deberes. *Vid.* el 87 de su *Segundo ensayo*. A partir del 90 de esta obra, cambia su tono sobre la cantidad de propiedad inmobiliaria que cada cual puede poseer, y legitima el régimen existente. En el 121 enunció el principio que bastante más tarde seguirían los kantianos, a saber: que los derechos civiles dependen de la condición de propietario: “Ahora bien, no teniendo el gobierno jurisdicción directa sino sobre la tierra, y no alcanzando esta jurisdicción al poseedor de la misma [...] sino mientras vive en dicho Estado y disfruta de dichas tierras, la obligación que tiene por el disfrute de vivir sometido al gobierno empieza y acaba con ese disfrute”.

Estado,³ pronto los alemanes le dieron el nombre de *Rechtsstaat*, o “Estado de derecho”, porque su finalidad era proteger los derechos que peligraban en el estado de naturaleza.⁴

Después de las críticas socialistas, hoy son pocos los universitarios que contemplan la propiedad como un derecho individual básico. Pero ha permanecido la exigencia de la igual libertad como el elemento más que básico, y nuestras éticas universitarias son imprescindiblemente éticas dialógicas, porque académicamente es impensable la vuelta a una “moral” que imponga deberes heterónomamente. Los sujetos que dialogan son los seres individuales, por más que Habermas hable de unos extraños intereses emancipatorios que no son ni históricos ni trascendentales, sino cuasitrascendentales. En cualquier caso, a pesar de los intereses cuasi trascendentales habermasianos, Apel, Habermas o Rawls solamente tienen en cuenta la igual libertad individual de los seres humanos, y parece que éste ha de ser hoy el punto de partida de toda teoría de la justicia.

Este hecho deja al jurista algo perplejo. Porque los que nos hemos engolfado con varias ramas del derecho civil y mercantil observamos una variedad de situaciones decisivas para el enjuiciamiento, que no pueden ser explicadas desde las posibilidades excesivamente angostas de la igualdad personal.⁵

3 Adam Smith advertía que “The appropriation of hards and flocks, which introduced an inequality of fortune, was that which first gave rise to regular government. Till there be property the can be no government, the very end of which is to secure wealth, and to defend the rich from the poor”. *Cfr. Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 404. Era lógico que John Austin, un siglo después, hiciera notar que la gente creía que los gobiernos sólo existen para proteger la propiedad: “It is commonly said that Government exist or should exist to institute and protect property”. *Cfr. Lectures on Jurisprudence or Philosophy of Positive Law*, London, 5ª ed., 1911, p. 791.

4 Paul Johann Anselm Feuerbach explicaba que Kant no propugnó ninguna tiranía: “In Kant findet man keinen Vertheidigen dieser Ausdehnung der höchsten Gewalt [...] In wie ferne ist also dieser Anti-Hobbes auch ein Anti-Kant? Offenbar nicht in so ferne, dass der Regent, als blosse Privatperson nicht unverletzlich sey: dann das Gegentheil hievon ist Kants Behauptung nicht”. *Cfr. Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Erfurt, 1798, pp. 84 y 86. Feuerbach hacía esta precisión porque Kant propugnó la sumisión incondicional de los súbditos al poder político: *vid. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, edición de A. Córdova. No consta traductor, México, UNAM, 1978, pp. 149 y ss. La razón que movía a Feuerbach a exponer esta tesis era que en la sociedad política kantiana el “Regent” estaba incondicionalmente al servicio de los fines de la sociedad: *vid. op. cit.*, p. 95, por ejemplo.

5 La palabra “persona” significó en la jurisprudencia romanista el conjunto de derechos y obligaciones —competencias— que eran originadas por cada *situación* jurídicamente relevante. En la Edad Moderna pasó a significar el ser independiente y autónomo que no reconoce superior y que únicamente puede quedar *obligado* cuando él presta libremente su consentimiento mediante un pacto. *Vid. mi estudio “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’”*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, IV, 1987, pp. 477-522. Un estudio más comparativo

La pregunta decisiva acaba recayendo: ¿por qué hemos de limitarnos a este dato? Note el lector que actualmente éste es el único derecho humano que posee prestigio y operatividad tanto dentro como fuera de los ámbitos académicos. No he hecho cálculos precisos, pero observo que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el escueto artículo 14 de la Constitución española vigente, que establece la igualdad personal, es inconmensurablemente más alegado que cualquier otra disposición de la Constitución.

Las éticas dialógicas reposan sobre “la generalización propia del imperativo categórico kantiano”. Y de la mano de este imperativo categórico han resucitado académicamente a Bentham y, con el matrimonio de Kant y Bentham, han dado vida a un nuevo y extraño “Principle of utility”. Porque Bentham solo no puede aguantar: el inglés resulta demasiado tosco⁶ y materialista para los tiempos que corren. Es preciso añadirle un toque normativo con el postulado del “fin en sí mismo” que corresponde a todo hombre según la filosofía kantiana. Siempre ha sido una constante introducir un matiz trascendental a lo que parece que es ante todo simple.⁷ Hay quienes van algo más allá y proponen hermanar la generalización de la propuesta kantiana, tal como aparece de modo *sui generis* en Rawls, por ejemplo, con un mordisco normativo. Esto es demasiado: es como tomarse en serio los intereses cuasitrascendentales de Habermas.⁸

con otras realidades análogas lo he publicado más recientemente: “Persona y ‘officium’: derechos y competencias”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, LXXIII, 1996, pp. 3-59.

Francis Hutcheson explicaba con precisión que “Status est ‘Hominis conditio permanens, varia iura, et longam obligationem seriem includens’: Estque vel ‘solutus et liber’ quem constituit ipsa natura; vel ‘adventitius’, ab aliquo hominum instituto ortus”. *Cfr. Philosophia moralis institutio compendiaria, libris III*, Glasgow, 1745, p. 144. La noción de *status* es sinónima de la de ‘persona’ u *officium*.

6 Bentham es realmente grosero en sus exposiciones. Demasiado desinhibido, falta al respeto a sus interlocutores, a los que frecuentemente descalifica mediante ironías.

7 John Stuart Mill ya hablaba de un “Eudemonismo trascendental” para referirse a lo que según Lorimer no era más que un hedonismo grosero. James Lorimer escribía: “Mr. Mill, in his latter writings, has sublimated utilitarianism into something might be called Transcendental-Eudaemonism”. En nota a pie explica: “In a interesting passage in his Autobiography, p. 189, he even speaks of the ‘highest realizable ideal of human life’ as a true object of human endeavour, though how this ideal should have possessed such value in the eyes of one who regarded ‘the pretended perfection of the order of nature and of the universe’ as a ‘superstition’ is not explained”. *Cfr. The Institutes of Law*, 2^a ed., Edimburgh, 1880, p. 48.

8 En estos temas prefiero seguir el parecer del normalmente muy juicioso James Harrington cuando entendía que “That which I would infer from all this, is, that the generality of speculative men, for the most part guiding their understanding by those notions which they find in books, fall not seldom by this means into considerable errors”. *Cfr. “The Grounds and Reasons of Monarchy”, The Oceana and Other Works*, London, 1771, p. 5.

Este batiburrillo de problemas y éticas procedimentales plantea perplejidades al jurista, y quisiera aludir a ellas muy *grosso modo*. Una de ellas podría consistir en que, según estos nuevos sistemas de ética, la razón humana es sólo una *función* que surge desde la conjunción de las libertades personales con los intereses igualmente individuales. Como el derecho no puede reconocer sin más todo tipo de intereses, la razón se desgrana en unas generalidades lingüísticas, que pretenden ser *normativas*, y que cada autor construye como puede. Por lo general, esta nueva razón que habita en el lenguaje, ha propuesto desde el siglo XVIII hasta hoy unas éticas utilitaristas (ahora hermanadas con los personales “fines en sí mismos”) que no dejan de plantear problemas.

Como podemos jugar con las palabras llegando a un diálogo en el que nadie oye, creo que es preferible clarificar qué es esa “generalidad propia del imperativo categórico kantiano” que tantos toman como punto de referencia obligado.⁹ Y como la *razón pura* que usan estos teóricos de la justicia, que es solamente una secuela de la libertad individual, únicamente posee como palancas para poder avanzar, una mixtura de ética dialógica y de intereses individuales, me gustaría echar mi cuarto a espadas también sobre ella. Todo esto es un simple esbozo: pero el profesor de dibujo me enseñó, allá por mis quince años, que es mejor hacer un esbozo previo antes de dibujar un objeto entero. No es cuestión de discutir con él.

I. LA RAZÓN DE HOY, QUE ES LA ILUSTRADA

1. Kant fue el primer filósofo que pretendió una *Razón pura*, esto es, autónoma respecto del mundo sensible (el *Sinnenwelt*) y autosubsistente: una asignatura pendiente desde Descartes. El filósofo francés no la logró, sino que más bien consiguió que las filosofías de sus epígonos se movieran por campos idealistas, y la reacción de los ilustrados contra él y sus discípulos tomó un camino lógico y previsible: un talante sensista y fenomenista que no podía conocer ninguna *eticidad* en el sentido propio de esta palabra, según Kant.

9 Así era entendido desde antiguo el “imperativo categórico” de Kant. Carleton Kemp Allen escribía, en 1931, refiriéndose a Kant, que “This necessarily involved a harmony, or the constant attempt at harmony, between the individual and his fellow-members of society, from whom he can never be separated by practical reasons [...] Man has to conform his particular to his universal nature; and this involved the double task of establishing within himself a harmony of the particular desires to reason and of conforming his relations as a principle of social unity”. *Cfr. Legal Duties and Other Essays on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931, p. 114.

De ahí las “utilidades” de Helvetius, D’Holbach, Hume o Bentham, como sucedáneos de la moralidad perdida.¹⁰ Mantener que el “principio de utilidad” constituye una moral parece estirar demasiado el significado posible de las palabras.¹¹ Porque tenía razón Antonio Rosmini-Serbati cuando indicaba que la utilidad es un hecho, del mismo modo que las sensaciones, mientras que la justicia es una idea: “la justicia es un *principio*, y la utilidad es una *consecuencia*”.¹²

Para hacer justicia hay que *partir* desde la justicia, desde su idea al menos, y llegar a unas consecuencias. Pero prescindir de esta idea y erigir a unas utilidades en el verdadero rostro de la justicia, es prescindir de lo más humano. Y los hombres no acabamos de entendernos a nosotros si prescindimos de lo humano. Dicho en términos más *filosóficos*: ¿cuál es el estatuto normativo de los sistemas de ética que nos han regalado los filósofos desde el siglo XVIII hasta hoy? Porque vemos mucha *racionalidad* en ellos, pero poco entronque con el hombre real y concreto que no se deja atrapar desde las estadísticas.

Además (visto el problema desde otro punto de vista), siempre permanecerá en pie la observación de James Lorimer: “just as the utilitarian assumes our knowledge of what is expedient or useful? The difficult is always with the *what*”.¹³ La mentalidad que subyace a las “esferas de libertad” podría señalar que ese “what” lo determina cada cual personalmente; pero entonces hay que renunciar a toda pretensión de una moral social.

La crítica kantiana estaba justificada en su momento histórico, y ahora, y no es mala idea revisar esta *razón* que está en la base de sistemas éticos tan distintos.

10 Paul Henri Thiry, Baron d’Holbach, proporcionaba una noción de deber u obligación que cabalmente no puede ser entendida como un *deber* en el sentido usual del término: “L’obligation morale est la nécessité de faire ou d’éviter des certains actions en vue du bien-être que nous cherchons dans la vie sociale”. *Cfr. La morale universelle ou les devoirs de l’homme fondées sur sa nature*, Amsterdam, 1776, libro I, p. 2.

11 James Lorimer explicaba que “The utilitarian doctrine: if we reply to it by the question, ‘Useful for *what* actions are means, not ends, and their quality can be tested only by reference to some final end or object (telos) [...] If the rule be, ‘follow virtue’, ‘follow pleasure’, ‘follow nature’, the realisation of whatever we may choose to characterize as ‘virtue’, or ‘pleasure’, or ‘nature’, is the object of the rule [...] But ‘follow utility’ is a rule which has no object [...] the utilitarian system furnishes no test at all”. *Cfr. The Institutes of Law*, cit., p. 48.

12 “La giustizia é un *principio*, l’utilità é una *conseguenza*”, Rosmini-Serbati, *Filosofia del diritto*, cit., p. 9.

13 *The Institutes of Law*, cit., p. 194.

2. Indicaba que Kant quiso poner en marcha la razón pura desde sí misma, superando el cálculo de utilidades de los sujetos individuales. Parecía considerar que los intentos sensistas de los francófonos e ingleses sólo llegaban a *producir* cosas útiles para los hombres, pero no cosas que fueran necesariamente *humanas*. En cierto modo, Kant quiso rehabilitar la *conciencia*, perdida en los sistemas de derecho natural y de ética ilustrados.¹⁴ Sólo que no podía recurrir sin más a la conciencia moral clásica, desprestigiada en el movimiento secularizador: él trató de diseñar una conciencia moral secularizada, que partiera desde sí misma, sin apoyaturas en datos que no fueran suministrados exclusivamente por la razón *a priori*.

En su *Crítica de la razón pura* mostró sin demasiados remilgos los resortes secretos de la nueva máquina (del mundo nouménico que él había diseñado), del movimiento incausado y perpetuo, siempre *necesario*, de la razón, movido por las leyes fundamentales de la mecánica cartesiana: la exigencia de plenitud *espacial*,¹⁵ determinada por el *horror vacui*.¹⁶

3. El tema es complejo, y se impone abordarlo desde distintos “principios del entendimiento”, según se expresaba Hegel. Porque la racionalidad pura *a priori* que inventó Kant, y en cuya idea (tal como es entendida usualmente) se inspiran las racionalidades prácticas que ahora surgen tan

14 Lord Kames ya escribía que “This is a true which has been little attended to by those who have given us systems of natural law”. Se refería al escamoteo de la conciencia moral. *Cfr. Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, London, 1758, p. 57.

15 La idea del “Sistema” determinaba esta plenitud. Un texto, entre muchos, en el que expone esta tesis podría ser este: “Si echamos una ojeada a nuestros conocimientos del entendimiento en toda su extensión, vemos que lo peculiar de la razón a este respecto, lo que ella intenta lograr, es la sistematización del conocimiento, es decir, su interconexión a partir de un solo principio”. *Cfr. Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribó, Madrid, Alfaguara, 1988, A 645, p. 532 de esta edición. Más rotunda, pero quizá menos preciso, en A 323: “Consiguientemente, todas las ideas trascendentales podrán reducirse a a tres clases: la *primera* de ellas incluirá la *unidad* absoluta (incondicionada) del sujeto pensante; la *segunda*, la unidad absoluta de la *serie de las condiciones del fenómeno*; la *tercera*, la *necesidad* absoluta de la *condición de todos los objetos del pensamiento en general*”. El énfasis es de Kant.

Es más claro en la *Rechtslehre* que forma la segunda parte de la “Metafísica de las costumbres”. Allí indicaba que “La ley de una obligación mutua [...] es en cierto modo la ‘construcción’ de esta noción del derecho, es decir, de su exposición en una intuición pura a priori según la analogía de la posibilidad de los movimientos libres de los cuerpos sometidos a la ley general de la acción y de la reacción”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, edición de A. Córdova, México, UNAM, 1978, p. 35.

16 “*Non datur vacuum formarum*; es decir, no hay diferentes géneros originarios y primeros que se hallen, por así decirlo, aislados y separados (por un intervalo vacío), sino que todos los diferentes géneros son simples divisiones de un único género supremo y universal”. *Cfr. Crítica de la razón pura*, cit., A 659, p. 541. En A 661 indica que este *continuum* no es observable en la naturaleza, en donde hay un *quantum discretum*.

frecuentemente, no se deja atrapar desde un único punto de vista. Advier-to al lector ante un discurso quebradizo.

Indicaba que los “sistemas de ética” utilitaristas de la Ilustración han cojeado por su insuficiencia. Demasiado *psicologismo*: ya en Helvetius la “razón” está al servicio de algunas pasiones del hombre. La ética devino psicología de masas.

4. Pero los *constructos* de base psicologista parecen hoy incompletos, esto es, insuficientes, o *insuficientemente sistemáticos*: una época cuya filosofía aspira a la plenitud del conocimiento (quiere explicarlo *todo* desde el único punto de vista *posible*) reclama *plenitud*, y los filósofos (¡extraña clase profesional!) sólo llegan a esta exigencia a través del postulado del sistema. Por este motivo, tras el éxito momentáneo de la Ilustración, nuestros filósofos actuales parecen entender que lo psicológico ha de ser completado con una filosofía más *racional*, esto es, con un discurso que posea más empaque *abstracto* y más *cerrazón* lógica. Hay que revalidar el éxito de Protágoras, a quien Platón no pudo vencer argumentativamente. El conocimiento directo de la realidad humana ha quedado otra vez arrumbado, y es preciso *argumentar*.

5. Ahora, a finales de siglo, terminado el talante del positivismo lógico, nuestro *revertimini ad rationalem simplifica* notablemente a Kant: de su filosofía sólo ha quedado la exigencia de igualdad personal, en cierto modo ya contenida en la tesis del *Selbstzweck* y la “generalidad propia del imperativo categórico kantiano”.

Hemos *simplificado* a Kant: en vano buscaremos hoy referencias a Platón, el único autor al que Kant citaba elogiosamente,¹⁷ ni un universo o dimensión de la realidad que sea puramente *a priori*, nouménico. Solamente Habermas habla de un mundo extraño en el que existen unos “intereses emancipatorios”; pero como no puede sostener que son puramente empíricos e históricos (pues quedarían a merced del consenso histórico, siempre fuente posible de prepotencia), pero tampoco puede mantener que son *trascendentales* (esto supondría volver al *homo noumenon* kantiano, con lo que ello implica de *idealismo*), indica que son “cuatrascendentales” ¡No ha sido un alarde de imaginación!

17 En la *Crítica de razón pura*, A 318, escribe que “Si prescindimos de la exageración de sus términos, el empeño espiritual de Platón [...] constituye un esfuerzo digno de ser respetado y proseguirlo. Un mérito muy especial de Platón se halla en lo relativo a los principios de la Moral, de la legislación y de la religión, donde son las ideas las que hacen posible la misma experiencia”. *Cfr. op. cit.*, p. 313.

6. Estamos en un momento singularmente sincrético porque es preciso, entre otras cosas, hermanar la función socializante del lenguaje (que funciona ahora como sustituyendo el universo noumérico kantiano), con una pluralidad de individuos egoístas que buscan hacer realidad sus propios intereses. Sería una nueva clave de la filosofía kantiana: una dimensión de la realidad *a priori* (el lenguaje) que ha de hacer realidad a unos sujetos que son entendidos exclusivamente al modo de la *juristische Person* de los kantianos.¹⁸ La libertad de los individuos como única realidad práctica vuelve por sus fueros; sólo que esta vez tiene en cuenta también los intereses individuales: el hermanamiento entre el talante de Bentham y el de Kant es la figura estelar de nuestros nuevos sistemas de ética.

7. Ha quedado una herencia claramente fijada: las nuevas propuestas han de ser ellas mismas motores inmóviles, autosubsistentes. Ha fracasado académicamente el causalismo finalista aristotélico y el sujeto noumérico kantiano. Pero nos queda el lenguaje, que parece ser la patria común a todos los filósofos que no quieren hipotecarse con ningún *homo noumenon*.

8. Es lógico que hayamos perdido el mundo noumérico de Kant: el lenguaje no puede funcionar ya, según los esquemas mecánico-espaciales que advertimos en el pequeño prusiano. Aquellas inmensas superficies planas que tendían a expandirse hasta llenar todo el espacio amorfo no gozan hoy de prestigio.¹⁹ Ya no estamos en la edad del maquinismo, plagada de poleas, correas transmisoras, engranajes y todo tipo de ruedas dentadas. Definitivamente la mecánica ha perdido su fuerza inspiradora en nuestras facultades. Cosa lógica en la era de la informática. Nuestro lenguaje, la única patria común que admitimos tras Percey y Dewey, necesita otros muelles que le impriman movimiento emancipatorio.

9. Han vencido históricamente “Los kantianos”, *Die Kantianer*, aquellos teóricos del derecho tocados por la filosofía crítica de Kant a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo siguiente.²⁰ Hoy se nos manifiesta en tono victorioso una idea omnipresente en los filósofos que dije-

18 *Vid.* mi estudio sobre la *juristische Person*, ya citado.

19 Es curioso que John Austin, en la primera mitad del siglo XIX, ya reparara en que “The writers would attend to the suggestions of Hobbes and Locke, and would imitate the method so successfully pursued by geometers [...]”. *Cfr. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, London, 1911, 5ª ed. revisada y editada por R. Campbell, p. 137.

20 Estos epígonos del pensamiento práctico kantiano arrollaron los ambientes universitarios de Centroeuropa durante varios decenios. Para conocerlos, *vid.* mi estudio *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1988, en donde expongo las teorías de ellos. Un estudio anterior, parcialmente distinto, fue el de “‘Naturrecht’ y ‘Rechtsphilosophie’”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, nueva época, III, 1986, pp. 243-397.

ron seguir la filosofía de Kant: la exigencia de la igual libertad es el gran fundamento de “una sociedad bien ordenada”, y las restantes exigencias del nómeno han quedado marginadas.

El predominio de ideas socialistas durante buena parte de los siglos XIX y XX nos hizo creer que la función *socializante* del derecho desplazó a esta consideración del hecho jurídico: no ha sido así históricamente. Savigny introdujo concienzudamente en el derecho privado la visión del mundo humano como “esferas de libertad” individuales (*Freiheitssphären*),²¹ y los tratadistas ingleses de *Jurisprudence* del siglo pasado nos informaban que ésta era la consideración del derecho dominante en Alemania aún en la segunda mitad del siglo.²²

10. Me parece que esto ha sido así por exclusión: no convence el universo noumérico de Kant, que apareja demasiada mecánica y excesiva “fe filosófica”, y es preferible dejarse llevar por las olas del pensamiento dominante. Pero este pensamiento se afina en la misma medida que sus pérdidas: sólo le queda la igualdad de los sujetos, y se aferra a ella como el patrimonio indiscutido. La intersubjetividad del convencimiento de la igualdad individual hace innecesaria cualquier otro tipo de explicación. La igualdad no es, pues, un punto de llegada, sino el punto de partida indiscutible.

11. La individualidad, así entendida, posibilita el movimiento: la razón práctica ya puede marchar. La igualdad introduce el segundo momento de la *eticidad*, porque proporciona los fundamentos abstractos que corregirán las posibles desviaciones de la libertad que puedan degenerar en prepotencias. De hecho, no se trata tanto de la igual libertad, como de la igualdad.

12. Los kantianos se han impuesto otra vez a Kant. El maestro consideró a cada ser humano como portador de toda la idea de la humanidad,

21 *Vid.* Lighthwood, *The Nature of Positive Law*, London, 1883, p. 267. Aquí indica que “There are, however, strong reasons which make this view of Law inadmissible [...] As I before said, Savigny’s System is a convenient one for the exposition of private Law, but is not sufficient for the explanation of Law as a whole”. William Markby escribía, con más radicalidad, que “In this passage he speaks of private rights only, but I gather from the preceding page that he would apply the same principle to all law. Referring, I suppose, to Savigny’s definition of a jural relation (*Rechtsverhältniss*) as *a province of the independent mastery of the individual will*”. *Cfr. Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence*, 6ª ed. Oxford, 1871, 55, p. 55, nota al pie. El énfasis es de Markby.

22 John M. Lightwood, en un estudio extenso de las diferencias de la “Philosophy of Law” alemana e inglesa, indicaba que la gran fisura entre una y otra estaba en que “German Jurisprudence, on the other hand, start from the idea that Law exists only to ensure the due liberty to the individual”. *Cfr. The Nature of Positive Law*, cit., p. 260.

por lo que jamás un hombre podría ponerse al servicio de los fines *arbitrarios* de otro: cada ser humano es un fin en sí mismo, un *Selbstzweck*.

Pero no se limitó a postular o *deducir* las “esferas de libertad” iguales (*Freiheitssphären*) como el único hilo conductor de la racionalidad práctica. El mundo moral “ya estaba dado”, igual que el cielo estrellado encima de su cabeza. Y los motores de esa racionalidad (él los llamó *los intereses de la razón*) eran tres: la inmortalidad del alma, la existencia del Dios y la existencia de un orden moral objetivo.²³

13. Es muy duro para el secularizado siglo XX, admitir estos intereses de la razón. Por esto, siguiendo a los kantianos en lugar de Kant, nuestro momento histórico postula la igualdad personal como “el interés de la razón” que posibilita hablar de la justicia.

La referencia a la igualdad *personal* no implica tratar a los seres humanos como personas, en el sentido que han dado a esta palabra las filosofías “personalistas”. Seguimos más bien la versión estrecha de la *juristische Person* de los kantianos (que es también la del propio Kant en algunos momentos), es decir, unos seres de naturaleza individual que poseen una tendencia a expansionar esta individualidad a través de voluntad. Determinar si esa expansión de la voluntad se reduce a la *defensa* de sus esferas de libertad, o si tienen un contenido más amplio, supone tratar del tránsito de la filosofía liberal de comienzos del siglo XIX al Estado social de derecho actual.

Nuestro Estado social de derecho, ¿puede mantenerse *desde* los moldes teóricos que heredó? No, desde luego. Pero el *sonar* (*klingeln*) de la palabra “libertad” sigue siendo imprescindible en la práctica política,²⁴ y desde ahí ha saltado a nuestros estudios filosófico-jurídicos, que ahora quieren hacer una filosofía jurídica realmente *encarnada* en la vida social que vivimos. Ya pasó el tiempo de las *teorías* como las de Ahrens, Stammler, etcétera. El “realismo académico” es hoy imprescindible, si es que el universitario aspira a ser oído. Este nuevo realismo ha encontrado una presentación imponente en el análisis económico del derecho, que cabalmente es tan teórico como cualquier otra explicación doctrinal-acadé-

23 Aunque estos tres temas están omnipresentes en toda la tercera parte de la *Crítica de la razón pura*, es difícil encontrar una alusión unitaria a ellos. Al final de esta obra, en la “Sección III: La opinión, el saber y la creencia”, hace una breve referencia a ellos en A 831, p. 645.

24 El barón D'Holbach ya denunciaba que “Les hommes, presque toujours gouvernés par des mots [...]”. Cfr. *La Morale...*, cit., libro II, p. 52.

mica: pero todo lo que participe del “sonar” de la palabra “economía” se impone a nuestro espíritu.

14. La gran cuestión permanece: ¿cómo encontrar un nuevo procedimiento de hacer justicia que supere la simple expansión de la voluntad individual? Porque tras 1945 todos captan que las voluntades sumadas de los individuos pueden degenerar en prepotencia.²⁵ Ya no sirve decir que “si puede equivocarse una mayoría, con mayor razón puede equivocarse una minoría”, porque todos saben que la mayoría jamás se equivoca, sino que siempre —indefectiblemente— persigue sus propios intereses. Se ha hecho preciso abandonar la filosofía del derecho de estilo *democrático* y sustituirla por una teoría de la racionalidad práctica en la que una sola razón especialmente *crítica* determinará la verdadera verdad.

II. KANT TUVO SUS PROPIAS IDEAS

15. Nuestros kantianos actuales (introduzco en el saco de los kantianos toda la filosofía moral-jurídica triunfante del siglo XX) quieren coonestar la inteligencia vulgar de la “razón práctica” del maestro con sus ideas. Porque desde la Modernidad hasta hoy, tras la crítica de Hobbes-Pufendorf a la atrevida e impúdica “naturaleza de las cosas” que propugnarón Gabriel Vázquez, Luis de Molina, Francisco Suárez y Hugo Grocio, los adjetivos “bueno-malo” no pueden recaer *directamente* sobre una conducta humana. Descartadas las evidencias, se hizo necesaria la presencia de un “sistema de ética” que se interpusiera entre el hombre y sus actos para poder calificar éticamente una conducta. Esta me parece que ha sido una de las herencias fundamentales que nos ha dejado la Ilustración. La Modernidad prescindió de la conciencia moral intuitiva y, por ello, de los juicios directos sobre la moralidad.

Afortunadamente, los autores de los códigos penales que aparecieron en el siglo XIX dejaron de lado esta exigencia. Hubiera sido horrible que

25 Desde la Edad Moderna se impuso la tesis de “Útil, id quod libet”, con lo que la utilidad se abrió a cualquier contenido. Aún Bentham participaba completamente de esta tesis, y nos proponía su anécdota del oculista: “On occasions like this, the legislator should never lose sight of the weelknow story of the oculist and the sot. A countryman who had hurt his eyes by drinking, went to a celebrated oculist for advice. He found him a table, wit a glass of wine before him. ‘You must leave off drinking’, said the oculist. ‘How so’, says the countryman? ‘You don’t, and yet methinks your own eyes are none of the best’. ‘That’s very true’, replied the oculist: ‘but you are know, I love my bottle better than my eyes’”. Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1823 cit., vol. II, chap. XVII, XV, p. 249, nota a pie.

quedaran sin castigar las falsificaciones, las violaciones, etcétera, hasta que el legislador hubiera encontrado un “sistema de ética” satisfactorio. Además, es de suponer que de una forma u otra siempre estuvo presente el reproche que lord Kames dirigió a las éticas ilustradas: demasiado abstractas y demasiado sublimes para mover a los hombres.²⁶

Creo que llevaba más sentido de la realidad Adam Smith cuando indicaba que nos movemos por sentimientos no argumentables y que el cálculo de la utilidad es una ocurrencia posterior.²⁷ Lorimer, no sin ironía, observaba que, de seguir estas éticas para obrar correctamente llegaríamos a una *Law of parsimony*.²⁸ Y sucede que estas personas que están más preocupadas por el rigor racional que no por la razón, construyen artilugios extraños a los seres humanos y a su razón.²⁹

16. El postulado de “la generalidad propia del imperativo categórico kantiano” parece responder a una constante psicológica humana: siempre ha existido la tesis que mantiene que las normas han de procurar un interés general: basta leer a Platón y Aristóteles para comprobar hasta qué punto (cada cual a su modo) esta exigencia ha estado presente en nuestra cultura. Esta idea la expresaron muchos pensadores mediante la doctrina del “bien común”, hasta que esta doctrina misma quedó desprestigiada en la crítica que hicieron los ilustrados al pensamiento eudemonista del siglo XVIII.³⁰ Entonces la figura de este bien se manifestó como un instrumento al servicio de cualquier despotismo.³¹

26 “He finds justice on a general sense of common interest (parece que se refiere a Hume and yet, at no greater distance than a few pages, he endeavours to make out (vol. 3, p. 43), and does it succesfully, that public interest is a motive too remote and too sublime to affect the generality of mankind, and to operate, with any force, in actions so contrary to private interest”. *Cfr. Essays...*, cit., p. 83.

27 “Originally, however, we approve of another man’s judgement, not as something useful, but as right, as accurate, as agreeable to true and reality: and it is evident we attribute those qualities to it for no other reason but because we find that it agrees with our own [...] The idea of utility of all qualities of this kind, is plainly an after-thought, and not firts recommends them to our approbation”. *Cfr. The Theory of Moral Sentiments*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 20.

28 Se refiere al imperativo categórico de Kant y escribe que “that it is too far complicated a matter for consciousness to reveal by any single act, and ennucciating it, Kant sinned against Sir William Hamilton’s Law of Parsimony as egregiously as the Scottisch moralist in general haven sined against his law of integrity”. *Cfr. The Institutes of Law*, cit., p. 193.

29 Marin Mersenne, que ante todo reivindicó la razón frente a los *racionalismos*, escribía que “se trompent lourdement, et font de jugemens qui tienent plus de preoccupation que de raison”. *Cfr. Questions harmoniques*, Paris, 1634, pp. 224-225.

30 *Vid. mi estudio La cabeza de Jano*, cit., pp. 172-175.

31 *Vid. John Austin*, en las pp. 157-159 del vol. I de sus *Lectures...*, cit.

La crítica a la *universalidad* que expresó la tesis del “bien común” tuvo un gran oponente: el Estado liberal, teorizado ante todo por Locke, que situó el respeto (*die Enthaltung*,³² según los alemanes que extendieron esta doctrina) a la libertad, igualdad y propiedades ya adquiridas, como únicos fines *posibles* de todo Estado. Frente a la utilidad *comunitaria* situaron la utilidad individual o *personal*.

17. Parece que aquí andan revueltos dos temas: uno, el de la diferencia entre los bienes *universales* y los simplemente *generales*, que es la cisura que separa a la doctrina antigua del bien común de la inteligencia usual de las virtualidades del “imperativo categórico kantiano”. El otro, la explicación filosófica de Kant, que fue diferente de la de sus discípulos, y que también es distinta de las actuales generalizaciones pretendidamente *à la Kant*.

18. Kant no contempló *generalizaciones*, no al menos en el sentido que damos ahora a esta expresión. Él creyó en una dinámica de la razón pura (que sólo existe cuando funciona) movida por los intereses de la razón, ya aludidos. Pero los motores intermedios, o aquellas palancas que permitían avanzar sus razonamientos hacia aquellas metas lejanas, eran el *horror vacui* y las leyes fundamentales de la mecánica de su tiempo. Con esto ha de contar quien quiera *aplicar* a Kant a los tiempos presentes. Si no pasa por este aro, el estudioso tendrá que irse a las trincheras de Bentham, si es que quiere seguir considerando *utilidades*.

Un tema espinoso, porque precisamente Kant intentó oponerse a los excesos del utilitarismo inglés. Por ello recabó tan fuertemente la *autonomía moral* frente a los sistemas productivos de felicidad de franceses y en mayor medida, porque entonces eran más conocidos, de los ingleses.

19. La ética kantiana no fue una ética de consecuencias o utilitarista. Las consecuencias de las acciones humanas están omnipresentes en Kant, pero no como fundamentadoras de la moralidad de los actos, sino como *test* de la posibilidad (¿cómo llamarla?) *ontológica* de cada acción: de su posibilidad nouménica.

20. La regla de oro kantiana es postular que es *necesario* todo aquello que no encierra contradicción en sí mismo.³³ El adjetivo y adverbio omni-

32 Sobre esta abstención genérica en los alemanes en los tiempos que median entre la Ilustración y el Romanticismo, *vid.* mi estudio *La cabeza de Jano*, cit., pp. 175-182.

33 “Nada nos impide asumir esas ideas como objetivas e hipostáticas [...] En efecto, no habiendo en ellas contradicción, ¿cómo puede discutirse su realidad, teniendo en cuenta que el que lo haga sabe tan poco para negar la posibilidad de las mismas como sabemos nosotros para afirmarla?”. *Cfr. Crítica de la razón pura*, cit., A 673, p. 549.

presente en la explicación kantiana es el de *nothwendig* (transcrito en el alemán de aquella época), que significa indistintamente necesario y necesariamente. Tal vez yo no diría que es *necesario* todo lo que no encuentra contradicción consigo mismo; pero Kant se adueñó en este punto de la terminología propia de las defensas de las tesis doctorales y explicó reiteradamente que “*melior est conditio possidentis*”.³⁴ Luego, el que quiera impugnar que esto es así ha de *demonstrar* (“deducir”) expresamente su falsedad. Empresa imposible, como Kant sabía: una zorrería de un filósofo experimentado.

21. Mediante el examen de las consecuencias de un acto sabemos si es posible racionalmente (nouméricamente) esa acción. Porque si las consecuencias que se derivan necesariamente de la generalización de las consecuencias de una acción llevan a negar en sí misma la posibilidad de esta acción, entonces tal acto no se sostiene.³⁵ El único ejemplo que proporcionó Kant fue el del mentiroso. La mentira es imposible, o no tiene consistencia noumérica, porque el mentiroso pretende encontrar fe en los demás. Pero si el que miente universaliza su acción, y supone que a todos les es lícito (*dürfen*) mentir, nadie encontraría fe en los demás, y el que miente anularía así aquello que él pretende crear en los demás. Luego la acción se anula en sí misma.

Observemos que las consecuencias no *califican* “moralmente” a un acto, sino que *constituyen* a cada acto en necesario o imposible. Si la universalización de las consecuencias “calificara moralmente” a las acciones estaríamos otra vez ante la realidad de la vieja conciencia moral, o ante el “Principle of utility”. Dos posibilidades que Kant no quiso tener en cuenta.

El imperativo categórico, la universalización que le es inherente, consistía en elevar el “móvil” subjetivo de la acción (*Triebfeder*) a ley (*Gesetz*), que es necesariamente *universal*.³⁶ Así filtraba el *provecho* pretendido por el hombre individual por el filtro del propio Nómeno, de modo

34 “Es, por tanto, el adversario el que tiene que presentar pruebas. Pero como éste, a la hora de demostrar el no-ser del objeto puesto en duda, sabe tan poco como el que afirma su realidad, queda evidente la ventaja del que sostiene algo como supuesto necesario desde un punto de vista práctico (*melior est conditio possidentis*)”. *Cfr. Crítica de la razón pura*, cit., A 777, p. 613.

35 Una declaración prácticamente programática la encontramos en la *Crítica de la razón pura*: “se trata [...] de derivar un estado de su causa o de derivar la existencia contingente de la substancia misma de la existencia necesaria”. *Cfr. op. cit.*, A 560. En A 562 reitera: “limitar también la ley del uso meramente empírico del entendimiento de modo que no decida sobre la posibilidad de las cosas en general”.

36 *Vid.*, por ejemplo, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 17.

que podríamos acceder a un plano de la realidad que no podríamos conocer desde los datos simplemente naturales y contingentes. Este elevar el *Triebfeder* a *Gesetz* (el móvil a “ley”, siempre universal), suponía insertar a cada ser humano en el campo de los fines superiores de la razón. Se trataba de una operación estrictamente racional, inteligible o nouménica, muy ajena a pretensiones moralizantes.³⁷

¿Quién ha de realizar esta universalización? Cualquier persona humana que haga funcionar su razón correctamente está habilitada para universalizar sus móviles. Porque la razón es común a todos, y una vez que nos introducimos en su terreno, poco importa quién la *conozca*.³⁸ En modo alguno —sostiene Kant expresamente— existiría una casta de hombres (los filósofos) que poseyera una razón de mayor calidad que las personas corrientes.³⁹ Con estas declaraciones pretendía algo más que destacar la objetividad de la razón, común a todos los hombres: quería oponerse a los teóricos del despotismo monárquico del siglo XVIII que, de la mano de Christian Thomasius, habían dividido a los hombres en dos clases: los inteligentes (*sapientes*), que constituyen una minoría, y los necios (*stulti*), que ni siquiera saben lo que les conviene.⁴⁰

22. Manifestaba un cierto talante griego: solamente existe lo que es necesario o racional, y todo lo que existe es vinculante o genera un deber. Cabalmente, no aparece claro en su explicación de la moralidad el tránsito desde el plano de la realidad al plano del deber, que supone generado por el hecho de *ser necesariamente*.

Tengamos cuidado con la fuerza de las palabras: él no trata del paso desde el *is* al *ought*, al que aludió Hume. Él zanjó a su modo esta cuestión, asumiendo la crítica de Hume en su escueta “estética trascendental”. Pero su “fe filosófica” le llevó a un planteamiento distinto de la cuestión, que fue el que realizó en la tercera parte de la *Crítica de la razón pura*. Lo que ahora pongo sobre el tapete es si la peculiar virtualidad del imperativo categórico, que es la de mostrarnos lo que necesariamente

37 Una exposición más extensa de esta inteligencia de Kant, la puede encontrar el lector en mi estudio “Las canas de Kant”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, XI, 1994, pp. 443-466.

38 En sus *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, ed. cit., p. 22, explicaba que “El imperativo es una regla práctica en virtud de la cual una acción en sí misma contingente *se convierte* en necesaria [...] El imperativo es, pues, una regla cuya representación *hace* necesaria la acción subjetivamente contingente, y representa al sujeto en el deber de ponerse necesariamente en armonía con esa regla [...] por la simple representación de esa acción misma (de su forma)”. El énfasis es de Kant.

39 *Vid.* su *Crítica de la razón pura*, cit., A 831, p. 646.

40 *Vid.*, por ejemplo, su *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae, 1718, l. I, cap. III por entero.

ha de existir en el mundo nouménico o racional, determina normativamente la conducta del hombre. Parece que es así, porque entiende que “el <conocimiento> teórico es aquel en virtud del cual conozco lo que es; el práctico es aquel en virtud el cual conozco lo que debe ser”.⁴¹ El uso trascendental de la razón, al que está dedicada la tercera parte de la *Crítica de la razón pura*, constituye, sin más, el conocimiento práctico. El tránsito del ser al deber ser está resuelto analíticamente, porque la razón posee la capacidad de crear el deber: “Que esta razón posee causalidad, o que al menos nos representamos que la posee, es algo que queda claro en virtud de los *imperativos* que en todo lo práctico proponemos como reglas a las facultades activas. El *deber* expresa un tipo de necesidad y de relación con fundamentos que no aparece en ninguna otra parte de la naturaleza”.⁴²

23. Hablar de la “generalización propia del imperativo categórico kantiano”, tal como es entendida usualmente, poco tiene que ver con la explicación que Kant proporcionó sobre la realidad práctica humana. Desde luego, querer compatibilizar la generalización de cuño benthamiano con el imperativo categórico kantiano plantea muchos más problemas teóricos que dificultades resuelve académicamente.

III. LA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL

24. Frente a las consecuencias deshumanizantes de los utilitarismos ingleses, Kant enunció una regla fundamental de su moral: “no ser medio al servicio de los fines arbitrarios (*willkürlichlich*) de otros”. Esta exigencia se fundamentaba en última instancia en su exigencia de *autonomía moral*: cada hombre había él personalmente de *asumir* el mundo moral, ya constituido, de forma que obrara solamente por respeto a la misma norma moral (*aus Achtung*), no por otras consideraciones. La heteronomía provenía de obrar por una “afección patológica”, como son todas las que provienen de la sensualidad.⁴³ Nunca en la historia de la ética se ha lanzado una exigencia tan fuerte. Kant trataba de oponerse a la noción de libertad como simple arbitrio, que por aquellos años estaba dominando la escena

41 *Crítica de la razón pura*, cit., A 633, p. 525.

42 *Crítica de la razón pura*, cit., A 547, p. 472.

43 En A 802, p. 628 de la edición citada de la *Crítica de la razón pura*, distingue el “*arbitrium brutum*”, afectado empíricamente, del “*arbitrium liberum*”, cuyo *Befolgungsmodus* son sólo las “representaciones de la razón”.

universitaria de la mano de los calvinistas de Escocia y de diversos profesores suizos.⁴⁴ La libertad consistiría —según el de Könisberg—, en la *cualidad* que recae sobre todo ser humano porque él ha de asumir personalmente el mundo moral ya existente.⁴⁵ De este modo, la heteronomía que acarrea la existencia de normas no creadas por el sujeto que ha de obedecerlas quedaría sustituida por la autonomía que resultaba del aceptación voluntario y personal de esas normas: obedecer es, en Kant, ante todo un acto de la propia voluntad, que obedece con *buena fe*, esto es, por respeto a la norma misma, no por otras ventajas que pudieran resultarle al obediente de la obediencia a las normas. A veces leemos en autores alemanes que el hombre posee dignidad porque él ha de realizar un plan moral “personal”. El adjetivo *personal* tiene una función muy distinta en Kant y en estos otros, que parecen entender que la autonomía sería ese tipo de causalidad que Kant llamaba “arbitraria” o “bruta”, *arbitrium brutum*, que siempre tiene la posibilidad de apartarse del cumplimiento de la ley moral.⁴⁶

25. Esta exigencia de autonomía tuvo un rebote importante. La moral poseía su propia “forma de ser seguida”, su *Befolgungsmodus*, que era el obrar *aus Achtung* ante las normas morales, excluyendo las afecciones que provienen del mundo no nouménico, esto es, del mundo exterior o de los sentidos, el *Sinnenwelt*. Pero el derecho pertenece al este mundo exterior o *Sinnenwelt*. Esto requiere de una observación.

El ámbito de la moralidad es, según Kant, el de lo *necesario*. Éste no es el caso del derecho, que no es necesario, sino *contingente*, porque varía

44 Lord Kames dedicó el *Essay III* a estudiar en qué consiste la libertad humana. De un lado, ésta era negada ya francamente por los autores materialistas, y de otro, los calvinistas y arminianos la estaban dejando reducida a espontaneidad o *arbitrium merae indifferentiae*. Un resumen del estado de esta cuestión lo tenemos en las pp. 165-179 de la obra citada.

45 Kant distinguía entre la personalidad *moral* y la personalidad *psicológica*. La libertad es una *cualidad* de aquella, no de ésta: “Una persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de *imputación*. La personalidad moral no es más que la libertad de un ser racional sometido a las leyes morales. La personalidad psicológica no es más que la facultad del ser que tienen conciencia de sí mismo en los diferentes estados de la identidad de su existencia. De donde se sigue que una persona no puede ser sometida más que a las leyes que ella misma se da, ya a sí sola ya al mismo tiempo que a otros”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 24.

46 El de Könisberg poseía mal concepto de las inclinaciones del hombre, y escribía que “no conocemos la libertad (tal como la ley moral nos la revela por primera vez), más que como una *cualidad negativa*, que significa la ausencia de principios sensibles de determinación que produzcan en nosotros la *necesidad* de la acción. Pero como *nómenos*, es decir, considerados relativamente a la facultad del hombre en cuanto simple inteligencia”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 27. El énfasis es de Kant.

de tiempo en tiempo y de lugar en lugar: luego el derecho *coexiste* al margen de la moral.

Pero existía un segundo motivo quizá más decisivo para *separar* el derecho y la moral: ésta había de ser seguida “por respeto” a sus normas, y el derecho necesitaba (necesariamente) de la coacción (*Zwang*): la moral y el derecho quedaban tan separados como lo estaban la autonomía moral y el comportamiento determinado por la sanción externa coercitiva.⁴⁷ Kant analizó las relaciones entre derecho y moral indistintamente, tanto desde su inicio como desde su final: no se remontó exclusivamente a las fuentes, sino también al distinto *Befolgungsmodus* para ser cumplidas sus respectivas normas. Y a esta “forma de seguimiento” la erigió en fuente discriminadora de lo que era moral o jurídico. Pero al proceder así, situando la moral exclusivamente en el mundo de la *autonomía* personal, expulsaba al derecho del mundo ético. Hegel se quejaba de este hecho: “El lenguaje kantiano usa con preferencia la expresión ‘moralidad’, y en realidad los principios prácticos de su filosofía se limitan completamente a este concepto y hacen imposible el punto de vista de ‘eticidad’, a la que incluso ataca y aniquila expresamente”.⁴⁸ En otras palabras, como denunció Gerhard Dulckeit hace años, la metafísica del derecho kantiana no era capaz de dar cuenta de la moralidad o justicia del derecho existente.⁴⁹

47 Kant fue muy rotundo en ocasiones al tratar este tema. En *Los principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 34, explicaba que “El derecho estricto es aquel en el que no se mezcla nada propio de la moral, el que no exige más que principios exteriores de determinación para el arbitrio; porque en este caso es puro y sin mezcla de precepto moral alguno”. La exigencia objetiva que daría lugar a la posibilidad del convencimiento, quedó expresamente excluida: “Así pues, cuando se dice: un acreedor tiene el derecho de exigir a su deudor el pago de su deuda, no se quiere decir que pueda persuadirle a que su propia razón le obligue a esta devolución, sino que el forzarle a esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general”. *Cfr. ibidem*. Como podemos observar, el único principio metafísico y sustantivo (moral) del derecho es la exigencia de la posibilidad de coordinar las iguales libertades. En todo momento está presente la definición del derecho que él proporcionó en esta misma obra, p. 32: “Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”.

48 *Principios de la filosofía del derecho...*, cit., p. 33.

49 *Vid. Naturrecht und positives Recht bei Kant*, Leipzig, 1932. Existe reproducción más reciente de la editorial Scientia, de Aalen. La actitud de Kant fue cautelosa y vacilante en el tratamiento de este problema, y llegaba a escribir, en cierta contradicción con lo anterior, que “La moral enseña solamente sobre este punto que, si el motivo que en la legislación positiva va unido a cada deber, es decir, si la coacción externa faltase, la *idea* del deber debe ser por sí sola un motivo suficiente [...] La ciencia del derecho y la de la moral difieren, pues, mucho menos por la diferencia misma de los deberes que le son propios, que por la diversidad del motivo que una y otra legislación consignan en la ley”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 19.

26. Siempre podemos pensar que Kant sí diseñó una “moralidad del derecho”, la que expuso en su *Metaphysik des Rechtes*. Pero las virtualidades de esta metafísica se limitaron a la exigencia de respeto (*Enthaltung*) ante los derechos fundamentales (*Urrechte*) de los demás y no podían dar cuenta del derecho que no fuera estrictamente derecho penal.⁵⁰ Estos derechos eran tres: libertad, igualdad y propiedades, que peligraban en el “estado de naturaleza” (que era un estado vacío de justicia *status justitiae vacuus*).⁵¹ Ante esta realidad, la razón demandaba que el individuo se trasladase desde este estado de naturaleza a un estado de justicia.

27. Y tarde o temprano se nos manifiesta un tema realmente crucial: ¿es posible trasplantar las exigencias morales de la universalización a través de las consecuencias, al mundo jurídico? Dicho brutalmente: esta necesidad de universalización, ¿ha de quedar restringida necesariamente al terreno de la moral, o puede y debe ser ampliada al derecho?

28. El pensador prusiano fue más preciso de lo que aparenta: en él, el rigor es requisito filosófico ineludible. Porque siempre trazó una línea divisoria entre los mundos para él infranqueables de lo necesario (*nothwendig*) y de lo contingente o arbitrario (*willkürlich*). La moral ha de ser siempre universal, es decir, necesaria. El derecho, por contra, vive en el campo de lo contingente. La única exigencia *universal* dirigida al mundo jurídico es la derivación práctica del *Selbstzweck* que expuso en su “metafísica del derecho”.

En este momento de su filosofía mostró un singular sentido de la realidad, quizá menos presente en la exigencia de universalidad moral. Porque todos sabemos que las determinaciones jurídicas raras veces son necesarias. El título de una revista de historia del pensamiento jurídico (*Jus Fugit*) expresa algo sabido: cada estilo ante la vida conlleva su derecho, y éste no expresa necesidad metafísica, sino conveniencia histórica. Una conveniencia que lo será para muchos, o para pocos, pero conveniencia, no necesidad normalmente. Consecuentemente, las normas jurídicas no

50 Thomas Erskine Holland denunciaba este problema de la “metafísica del derecho” de Kant: “This conception is purely negative, and a wider and positive conception is needed to embrace the operation of Public as well as of Private Law. The Kantian definition is wide enough to cover all rules which regulate the relations of individuals one to another, but it is too narrow to cover enactments providing, for instance, for the organisation of a ministry of education”. *Cfr. The Elements of Jurisprudence*, 13ª ed., Oxford, 1924, p. 80.

51 “Es por lo menos un estado de *justicia negativa* (*status justitiae vacuus*), en el cual, si el derecho fuera *controvertido*, no habría juez competente para dictar una sentencia legítima, en virtud de la cual cada uno pudiera obligar a otro a salir de ese estado de guerra y hacerle entrar en un estado jurídico”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, cit., p. 141.

pueden pretender esa capacidad de autoimposición que sí es propia del mundo moral, que es normativo, según Kant, porque es necesario. El derecho, por contra, no es necesario o universal. El adjetivo “universal” ha de reservarse —en el pensamiento de Kant— para la moral. Porque para él, el mundo humano está dividido por la barrera de la *contingencia*: el mundo exterior, sometido a las afecciones de la sensualidad, es contingente, y sus determinaciones serán siempre *arbitrarias*. El mundo nouménico es necesariamente universal.⁵²

29. Me parece que hemos perdido el talante kantiano para la tolerancia, una tolerancia que si no existía en la moral, sí estaba presente en el derecho: porque algunos hablan de obtener una solución (simultáneamente moral y jurídica) que haya de ser obedecida necesariamente por todo ser racional.⁵³

Según Kant hubiera supuesto una exigencia inhumana lanzar esta exigencia de universalidad al mundo del derecho. Además, es una ilusión, porque la mayor parte de las formas e instituciones jurídicas ni soportan ni requieren esta exigencia.

IV. “UNA POSIBILIDAD SIEMPRE PRESENTE”

30. Volvemos al tema planteado: a pesar de ser conscientes de haberlos separado *toto coelo* de la propuesta kantiana para normar la realidad, ¿no sería posible hablar de la *generalización* kantiana de las utilidades como el criterio más fundante de la eticidad?

31. Esta regla ha estado presente siempre, de una forma u otra, en nuestros pensadores. Los teólogos y juristas de la Baja Edad Media aludían frecuentemente a lo que entonces llamaban la *regla áurea* o *evangélica*: “Trata a los demás como quieres que los demás te traten a ti”. Formulada de una manera simplemente negativa sería: “No hagas a los

52 En la *Crítica de la razón pura* destaca la diferencia entre el funcionamiento trascendental de la razón, siempre en busca de lo que es *necesario*, y su oposición a lo contingente: “la existencia de los fenómenos, que no posee ningún fundamento propio, sino que es condicionada, nos invita a buscar algo distinto de todos los fenómenos, es decir, un objeto inteligible en el que cese tal contingencia”. *Cfr. op. cit.*, A 566, p. 484 de esta edición. Lo único necesario es la moral y la metafísica del derecho, que se *deducen* necesariamente desde las leyes de la razón pura. El derecho positivo, que es así pero podría ser de otra forma, es contingente, no susceptible de tratamiento filosófico.

53 Ésta era una pretensión típicamente moderna, porque la modernidad quiso *universalizar* la ética. Harrington la denunciaba escribiendo que “And if reason be nothing else but interest, and the interest of mankind be the right interest, then the reason of mankind must be right reason”. *Cfr. The Oceana...*, cit., p. 43.

demás lo que no quieres que los demás hagan contigo”. Esta última versión fue defendida por Anselmo de Canterbury, entre otros.

32. ¿Por qué no prosperaron en la *jurisprudencia* estas reglas tan generales? Sin perjuicio de sus beneficiosos efectos en la moral personal, parecen de escasa operatividad jurídica por su excesiva generalidad. Y tampoco parecen ser de grandes virtualidades morales, al menos para proponer una ética general, porque pocos pueden soportar la inhumanidad de ser tratados ellos como les parece a las otras personas que todos han de ser tratados. Pero, especialmente, no es convincente como fundamento de la moral por un par de razones que no se *deducen* tanto de la lógica de los conceptos *universales* como desde una observación de la *praxis* humana.

Ahora se nos presenta el problema que quedó planteado en el 17, a saber: la diferencia entre el procedimiento de *universalización*, que llevaba a obtener bienes universalmente válidos, y el procedimiento de la simple *generalización*, por el que únicamente obtendríamos bienes simplemente generales. Obviamente, los bienes sólo pueden ser universales; pero esto no implica que estos bienes así expuestos hayan de ser conducidas “buenas en sí mismas”, y de validez eterna.

33. Para abordar este tema, veamos la primera observación a la que aludía. No parece razonable proponer universalmente como ley moral *sólo* aquello que puede ser elevado a norma universal. La doctrina escolástica sobre los comportamientos contingentes (*contingentia*), que se refieren al obrar humano, más que al producir cosas (los comportamientos que producen cosas eran llamados *agibilia*), han de contar con modulaciones históricas y personales que escapan a la pretensión de universalidad.⁵⁴ Por este motivo, el de Aquino escribía que “Debido a las condiciones distintas de los hombres, unas cosas son virtuosas para unos, como adecuadas y proporcionadas para ellos, y esas mismas cosas son viciosas para otros, por desproporcionadas”.⁵⁵

54 Tomás de Aquino consideró que el “medio” que hay que calcular en la moral es un medio relativo a cada persona concreta, y por esto lo llamó *medium rationis*, para diferenciarlo del medio del derecho que tiende a ser más igual para todos, al que llamó *medium rei*. de la mano de Aristóteles concedió gran importancia a esta personalización de la moral frente a la justicia, y dedicó todo un artículo de la *Suma teológica* a mostrar las razones por las que el derecho es tan *real*, tan distinto del resto de la moral, concretamente la. *Vid.* II-II, p. 58.

55 “Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosos, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosos, tanquam eis non proportionati”. *Cfr.* *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4. Abundando en esta tesis, en la *Suma teológica*, II-II, p. 49, art.

Pero esta explicación de Tomás de Aquino, ¿no supone rehacer la historia del pensamiento jurídico y ético para acomodar viejas doctrinas a los tiempos que corren? Porque aún hoy lanzamos sobre la antigüedad los juicios que expresaba Joseph Glanvill en el siglo XVII.⁵⁶ Y, además, porque según la inteligencia usual de la historia, Tomás habría mantenido que las cosas son buenas o malas “en sí mismas”. Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez sí explicaron —muy expresamente contra la explicación prudencial de la *jurisprudencia* propia de Tomás— que “la naturaleza de las cosas” determina por sí sola su bondad o malicia. Para hacer posible esta explicación aludieron a las cosas *in se ipsas, seclusis aliis circumstantiis*, consideradas *formaliter*, expresándonos *proprie loquendo*, etcétera. Desarrollaron una fraseología impresionante —especialmente Suárez— para negar lo que era evidente. Hugo Grocio, desde luego, picó su anzuelo.

Así, tenemos una *versión piadosa* de la historia: primero habrían propuesto la buena doctrina, que sólo posteriormente habría resultado desfigurada en manos incapaces o malvadas. Lamento seguir el camino aparente de las explicaciones piadosas. Sucede únicamente que esta vez sí fue verdad.

34. La otra razón, porque esta universalidad desdibuja o destiñe la vertiente realmente decisiva de la moral, que es esa faceta intransitiva de la acción humana que los griegos designaron como *praxis*. Porque la moral no es *ante todo* un procedimiento para conocer normas necesarias en sí, como pretendía Kant y siguen pretendiendo los tratadistas actuales de ética que quieren superar las deficiencias del talante de Bentham. Por contra, entender que la dimensión propiamente humana de nuestros actos es la *práctica* (que es tan poco dada a universalidades como a *personalismos* fáciles), fue patrimonio indiscutido de la mentalidad premoderna.⁵⁷

7, escribía que “Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt, contingit aliquid secundum se consideratum esse bonum et conveniens fini, quod tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non opportunum ad finem”.

56 “And there is nothing hath stincted its Growth, and hindred its Improvements more, than an over-fond, superstitious Opinions of Aristotle, and Ancients, by which it is presumed that their books are the ‘Nec-Ultra’ of Learning, and that little or nothing can be added to their discoveries”. Cfr. *Essays on Several Importants Subjects in Philosophy and Religion*, London, 1675, Essay II, p. 1.

57 Tomás de Aquino escribía que “Est enim duplex genus operationum animae. Quarum quaedam transeunt in exteriorem materiam, sicut texere et aedificare. Et huiusmodi operationes non sunt fines, sed operata ipsorum, scilicet contextus [...] Quaedam vero operationes animae sunt in ipso operante manentes, sicut intelligere et velle. Et huiusmodi operationes sunt fines. Recte ergo dictum est quod ipsi actus et operationes sunt fines, dum scilicet posuimus felicitatem esse operationem et non

Adam Ferguson reparó, en el siglo XVIII, en el desplazamiento de las vertientes *prácticas* de nuestras acciones en la mayor parte de los sistemas éticos de la modernidad, y se expresó sobre ello con claridad escolar:

Los mismos términos de “placer” y “dolor” son quizá equívocos, si se limitan, como aparecen en muchos de nuestros razonamientos, a las simples sensaciones que hacen referencia a los objetos externos [...] es un grave error suponer que dichos términos incluyen todos los componentes de la felicidad o de la desgracia [...] Preguntemos a las personas ocupadas: ¿dónde se encuentra la felicidad a la que aspiran?, y ellas contestarán que en lograr algún objetivo inmediato. Si les preguntamos por qué no se sienten desgraciados en la ausencia de esa felicidad, nos contestarán que ellos esperan lograrla. Pero, ¿es sólo la esperanza la que mantiene el ánimo [...]? Dad al cazador su pieza, al jugador el oro de su apuesta en el juego, de modo que no tenga necesidad de fatigarse, y ambos probablemente se reirán de vuestra locura. Uno volverá a apostar su dinero de nuevo, para cavilar nuevamente; el otro pondrá el ciervo en libertad [...] Despojad al hombre de sus ocupaciones, acabad sus deseos, y la existencia será una carga y la repetición de los recuerdos de un tormento.⁵⁸

Efectivamente, la *finalidad* de nuestra actuación no puede estar fuera de ella misma. Lord Kames explicaba juiciosamente, desde un ángulo cristiano (en plena polémica por la secularización, en el siglo XVIII), que la virtud no puede consistir simplemente en *cumplir* la voluntad de Dios.⁵⁹ Porque parecía evidente que la simple conformidad a otra voluntad (aunque fuera la divina), esperando una retribución, era más una cuestión de regateo (*bargain*) o de interés, que no de virtud.⁶⁰

aliquid operatum. Sic enim felicitas ponitur aliquid bonorum quae sunt circa animam, et non aliquid eorum quae sunt exterius. Operatio enim manens in agente, ipsamet est perfectio et bonum agentis. In operibus autem quae procedunt exterius, perfectio est bonum in exterioribus effectibus inventur”. *Cfr. In decem libros Ethicorum Aristotelis expositio*, Roma, Marietti, 1964, p. 144.

58 *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, trad. de J. Rincón, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1974 (primera edición de 1777), pp. 52-53.

59 “That morality depends entirely of the will of God, and that his will creates the only obligation we lie under to be virtuous, is the opinion of several writers. This opinion, in one sense, is true; but far from being true in their sense who inculcate it”. *Cfr. Essays...*, cit., p. 68.

60 Lord Shaftesbury explicaba “For the stronger this affection is in any one, the less will be able to have true ‘Resignation’, or ‘Submission’ to the Rule and Order of the Deity. And if that which he calls ‘Resignation’ depends only on the expectation of infinite Retribution or Reward, he discovers no more Worth or Virtue here, than in any other Bargain or Interest”. *Cfr. “An Inquiry concerning Virtue and Merit”, Characteristics of Men, Manners, Opinions, Times*, 1711, vol. II, p. 59.

En este mismo sentido, Tomás de Aquino explicaba que “El acto de la virtud es más importante que la virtud misma”.⁶¹ Criticó a fondo el ejemplo aristotélico del médico, porque Aristóteles había dejado escrito que el que busca la justicia ha de comportarse como el médico, que no busca la sanidad en abstracto, sino la salud de este paciente. Tomás le contesta que no es así, porque el que busca la justicia no ha de comportarse como el médico que quiere —como sea— la salud (el acto justo en este caso). Sino que el que quiere la justicia ha de comportarse como actúa el hombre que *actúa virtuosamente*, no produciendo sin más actos justos.⁶²

El siglo XVIII se separó notablemente de esta forma de entender la realidad humana, porque Thomasius, Hume o Bentham buscaron un hedonismo. Thomasius explicó que “omnes homines volunt vivere foelicissime, et diuturne”, y éste habría podido ser el lema de esta ética. Pero el desarrollo de la sociedad capitalista ha mostrado que éste no es el camino, y que la objeción que podemos hacer a la moral puritana (¿para qué tantas normas?) es traspasable al hedonismo ilustrado: ¿para qué vivir tanto tiempo y con tantas cosas? Parece que nuestra Ilustración olvidó la distinción griega entre *praxis* y *poiesis*, redescubierta por los medievales, que la llamaron *agere-facere*: unas categorías válidas mientras haya hombres.

Kant reaccionó con cierta violencia contra este eudemonismo⁶³ moral que implementaba la humanidad al servicio de fines inferiores al hombre mismo. Pero se detuvo conscientemente en la buena voluntad del que cumple la norma por la norma misma. ¿Residuos de su formación puritana? Es posible. Pero tal vez quiso poner una puerta a cualquier eudemonismo posterior que contemplara a la moral como un instrumento para un fin ulterior. La norma por la norma es un programa escasamente convin-

61 “Unde operatio secundum virtutem est perfectior quam ipsa virtus”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 152.

62 “Et dicit se refiere a Aristóteles quod sapientia et prudentia faciunt quidem aliquid ad felicitatem. Sed exemplum quod inducebatur non erat conveniens. Non enim hoc modo se habent sapientia et prudentiam ad felicitatem, sicut ars medicinae ad sanitatem, sed magis sicut sanitas ad opera sana”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 1267. En el 1290 continúa: “Sed ars medicinae praecipit qualiter fiat sanitas, ita quod praecipit propter sanitatem, sed non sanitati. Et similiter prudentia, etiam politica, non utitur sapientia praecipiens illi qualiter debet iudicare circa res divisas, sed praecipit propter illam, ordinans scilicet qualiter homines possint ad sapientiam pervenire”.

63 Cabalmente, la ética propia de la Ilustración no puede ser llamada eudemonista, sino hedonista: se trata de una cuestión de conveniencia en el uso de las palabras. La ética eudemonista más antigua, la que arranca del pensamiento griego, presupone los bienes externos al hombre, el *dominium rerum externarum*, pero su finalidad se sitúa bastante más allá de unos instintos o apetitos sensibles satisfechos.

cente para unos seres tan poco lógicos como los seres humanos. Quizá estuvo más cerca de la humanidad Anselmo de Canterbury cuando definió la justicia como la “rectitudo voluntatis propter se servata”, porque situó el acento más en el hombre que no en la normas.

Llega un momento en el que la fuerza expresiva de las palabras usadas académicamente se nos muestra incapaz. Creo que fue Tomás el que mejor se expresó. En su crítica a Aristóteles (pensemos otra vez en el ejemplo del médico) mostró que el hombre no puede situar las normas al margen de su vida misma, porque sería indigno de la vida humana ser juzgada desde unas instancias que no fueran esa misma vida. En los *Comentarios a la ética* y en la Segunda-segunda de la *Suma teológica* son numerosos los pasajes en los que afirma que la justicia (sin dejar de consistir en *hacer* lo que es justo), es en mayor medida la actuación del que no tiende tanto a hacer cosas justas como a actuar como actúa el hombre virtuoso.⁶⁴

V. UN EPÍLOGO POSIBLE

35. Parece mejor descartar esta “posibilidad siempre presente”, que sería trasladar “la generalidad del imperativo categórico kantiano” a la justicia que hace las leyes o las sentencias, para conocer la justicia de cada caso. Porque desconoce la singularidad de cada ser humano, y porque no tiene en cuenta la *humanidad* del hombre, que es más que un *cazador de cosas* “para ser feliz”.

36. Ciertamente, frente a las filosofías anteriores a la Edad Moderna, según los *moderni* plagadas de una metafísica vacía, de finalidades incomprobables y de *qualitates occultae*,⁶⁵ siempre el talante de Helvetius o de Bentham parece más realista, más adherido a la realidad.⁶⁶ Como los siglos XIX y XX han demostrado las inhumanidades que podemos come-

64 Los textos fundamentales vienen contenidos en la p. 58, artículos 1 a 7 de la parte citada de la *Suma teológica*.

65 Me parece que la declaración programática más conseguida contra la metafísica preilustrada fue la de D’Holbach: “Mais pour connoître l’homme, il ne faut pas, comme il est arrivé très souvent, à l’aide d’une métaphysique incertaine et trompeuse, rechercher les ressorts cachés qui la remuent, il suffit de considérer l’homme tel qu’il se présente à notre vue, tel qu’il agit constamment sous nos yeux[...]”. *Cfr. La Morale...*, cit., L. I, p. 5.

66 El propio Bentham basaba en esta cualidad los méritos de su método: “In the fourth place, a natural arrangement as it is by principle which is recognised by all men, will serve alike for the jurisprudence of all nations”. *Cfr. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., vol. II, chap. XVI, LX, p. 220. Poco antes había indicado que un método “tan natural” como el que él propone poseía varias ventajas. *Cfr. op. cit.*, chap. XVI, LVII, p. 216.

ter siguiendo la mayor felicidad del mayor número, ha sido preciso releer a estos filósofos, y les hemos añadido un *matiz normativo*. Pero la explicación final, combinando lo empírico con el dato normativo, resulta más cargada de oscuridades que las filosofías pre-modernas que había que combatir. Y es penoso que, tras haber combatido lo *metafísico* por irracional, ahora desterremos la razón en nombre de nuestras *creencias*.

37. Nosotros tendemos a pensar que la intersubjetividad contrastada de nuestros criterios suple cualquier otra ilusoria objetividad. Ésta no es una explicación seria, porque consensos fácticos han existido muchos a lo largo de la historia. Y buscar un *consenso contrafáctico* basándonos en las premisas fácticamente compartidas es algo más que una contradicción lógica. Según Paul Watzlawick, fundador de la Escuela de Psiquiatría de Palo Alto, las contradicciones pueden ser lógicas y pragmáticas. Me interesan ahora estas últimas, porque me parece que son las que realmente denuncian una imposibilidad vital. Y en el momento de *generalizar* pero pretendiendo obtener resultados propiamente *normativos*, de modo que lo general deje de ser tal para llegar (¿imperceptiblemente?) al plano *universal*, nos adentramos por mal camino.

38. Cualquier persona puede pretender racionalidad alegando un concepto *universal*: “un padre se comporta así con sus hijos pequeños”, y entonces puede que se sitúe en una situación realmente normativa, y que recuerde un deber. Por contra, si se nos quiere obligar o *forzar* a actuar alegando *generalidades*, temo que hemos abandonado el plano de la moral y entramos por un camino sociológico, por el que un gobernante nos puede forzar. En tal caso el derecho se convierte más bien en el látigo del rebañero para aquellas personas que no comparten el interés mayoritario.⁶⁷ Y, planteadas así las cosas, ¿qué título puede alegar la mayoría para *imponerse* a las minorías?⁶⁸

67 Fue lógico el radicalismo de Harrison: “The proposition is most useful in drawing attention to this: That law is always a matter of necessity—it is never ‘ought’, but always ‘must’; in that sense it is always and everywhere *imperative*”. Cfr. *On Jurisprudence and the conflicts of Law*, Oxford, 1919, p. 37. Se trataba de una opinión emitida en el momento de máximo optimismo del “positivismo” que defendía que el derecho se compone sólo de leyes generales. Según informaba James Lorimer, esta distinción terminológica provenía de la doctrina alemana: “To use a German distinction, which I fear is hardly translatable, they are thus *Soll-Gesetze*, thought not *Muss-Gesetze* (Krause, *Rechtsphilosophie*, p. 36), (*ought-laws*, not *must-laws*)”. Cfr. *The Institutes of Law*, cit., p. 4.

68 Lorimer denunciaba que a los intentos utilitaristas ingleses les faltaba un *homo nomenon* kantiano que dictara infaliblemente lo que es conveniente: “To an omniscient mind the ‘a posteriori’ method would, no doubt, yield conclusions universally valid, and we cannot speak of it of its application as impossible”. Cfr. *The Institutes of Law*, cit., p. 48.

39. Lamento parecer tan kantiano y tan hegeliano simultáneamente. Kant propuso la superación del arbitrio mediante la sumisión a un orden moral ya dado que habríamos de reconocer personalmente. Hegel insistió en la realización de lo real concreto como el único camino para superar la voluntad abstracta que llevaba a la “libertad del vacío”, que se limitaba a excluir a los demás en nombre del propio arbitrio y que nos dejaba abandonados a la contingencia.⁶⁹

Unas propuestas clarificadoras, pero que dejan muchos vertientes del problema sin tocar.

40. Kant sometió al individuo, también interiormente, al orden moral objetivo. Hegel quiso la *realización* humana en el verdadero camino de la *eticidad*. La opción ilustrada por los derechos sigue operando en ellos, porque uno y otro siguen viendo al individuo frente a las normas, sólo que en lugar de enfrentar a cada persona con cada una de ellas, estos pensadores quisieron reconciliar a una y otra parte globalmente: a los seres humanos singulares con lo universal.

El problema se sitúa en que este universal fue enunciado en forma abstracta-general: la consistencia de la acción consigo misma, o la reconciliación de la voluntad abstracta (en el sentido hegeliano) con lo sustancial en sí y por sí. Realmente, ¿es posible encontrar un *único* esquema heurístico o normativo que designe lo verdaderamente *ético* para todas las conductas e instituciones jurídicas? Parece que Kant y Hegel perdieron de vista en demasía que las cosas suelen ser como se presentan: múltiples, dispersas, abigarradas, no reductibles unas a otras en un plano superior y común. No existe un lenguaje superior, detrás de *las cosas*, que despeje universalmente nuestras dudas. Ni el procedimiento del imperativo categórico que nos muestra lo en sí necesario, ni el etiquetamiento de lo *real concreto* para todo lo que aprobemos hacen justicia a esta pluralidad y complejidad de la realidad.⁷⁰

69 “La determinación kantiana admitida generalmente, cuyo momento central es “la *limitación* de mi libertad o *arbitrio* de modo tal que pueda coexistir con el arbitrio de todos de acuerdo con una ley universal”, contiene sólo una determinación *negativa*: la de la limitación.

Por otra parte, lo que tiene de positivo la ley racional universal (o por lo menos así llamada), es decir, la concordancia del arbitrio de uno con el arbitrio de otro, desemboca en la conocida identidad formal y en el principio de no contradicción. La definición citada contiene la opinión, muy difundida desde Rousseau, según la cual “el fundamento esencial y primero no es la voluntad en cuanto racional [...] sino en cuanto voluntad del individuo según su propio arbitrio [...] Una vez aceptado este principio, lo racional sólo puede aparecer como una limitación para mi libertad”. *Cfr. Principios de filosofía del derecho...*, cit., 29.

70 En el hombre operan principios de acción distintos, que se sitúan en un cierto plano de igual-

41. Al jurista le cuesta trabajo entender esta mentalidad más propia de un talante *filosófico*, presente subliminalmente en casi todas las personas, que habla de individuos y normas. En el caso del derecho penal —que compone una parte muy distinta del resto del derecho— sí la entiende: esta rama del derecho contempla unos seres individuales o *personalidades* completas en sí mismas, y por este motivo no fomenta ni posibilita: únicamente defiende contra atentados directos en la personalidad,⁷¹ sean exactamente en la persona, sean en otras manifestaciones de la personalidad: propiedades, honor, etcétera. El derecho penal sólo reclama normalmente la “abstención”, una *Enthaltung*, ante lo que los demás son y tienen.

Pero el resto del derecho no tiene esta naturaleza. El derecho civil o mercantil son a modo de cajas de herramientas que posibilitan que cada persona humana llegue a tener lo que aún no tiene, o llegue a ser lo que aún no es. No se limita a *defender* las personalidades.

El derecho que no es derecho penal tiene en cuenta la personalidad humana (¡quién procesaría a un animal!) y recurre a ella a veces, cuando considera temas tan generales como el de la buena fe o el de la *causation*. Pero aquí se detiene. Porque este derecho, que posibilita y calcula, no puede extraviarse por el campo infinito de la *personalidad*. El derecho consiste en medir, y no podemos *medir* el valor incalculable de cada persona:⁷² el derecho mide de acuerdo con “las cosas”, esto es, según la naturaleza de las instituciones concretas que nos vinculan en este momento. Porque, otra vez a diferencia del derecho penal, el derecho no nos defiende contra los demás ni nos enfrenta a ellos: nos vincula, porque el derecho es el arte que posibilita que cada cual (como persona privada, pero relevante jurídicamente) *sepa dirigir* la vida de los demás. Mis alumnos

dad ante la ética. Lo recordaba lord Kames en *Essays...*, cit., p. 106. El método dominante en el siglo XVIII pretendía considerar uno solo, y así sucedía que “those which remains, acting now without opposition from their antagonist forces, will disorders the balance”. *Cfr. idem*.

71 Cuando está en juego la *personalidad* humana, el derecho la defiende, esto es, ordena *abstenciones*. Así lo expresaba Austin: “I noticed the rights of the class of which the subjects are ‘persons’, or of which are such forbearances as determinately regard specifically determined persons”. *Cfr. Lectures on Jurisprudence...*, cit., p. 793.

72 Lorimer señalaba que tampoco los derechos humanos pueden ser entendidos como derechos absolutos: “We have seen, moreover, in each particular instance, that the rights of which we become conscious are not absolute and unlimited, but relative to, and circumscribed by, the powers in which they inhere”. *Cfr. The Institutes of Law*, cit., p. 236.

invaden continuamente mi vida, y yo las de ellos: y sobre este punto, de poco sirve el esquema interpretativo del derecho de la personalidad.⁷³

Desde estas *cosas* surge cotidianamente la *universalidad* ética perdida por los ilustrados: la índole de la ocupación de profesor determina (con *cierta* objetividad) lo que mis alumnos me pueden exigir normativamente, y lo que yo puedo exigirles a ellos creándoles un *deber*. Pero nos perderíamos en los inmensos espacios de lo posible si consideráramos nuestras personalidades.⁷⁴

42. Va siendo el momento de revisar nuestra selección de los derechos. Frente a las desigualdades jurídicas del Antiguo Régimen (sería más preciso decir de la mentalidad propia de la antigüedad) hemos recabado la igual *personalidad*, y esto ha constituido —al menos para mí— un avance humano. Pero un exceso de *personalismo* nos ha llevado a perder muchas fuentes de la universalidad ética. Y sucede que quizá ahora es el momento de comenzar a recabar los derechos de las cosas.⁷⁵ (siempre medibles imprecisamente, pero medibles normalmente), sobre los derechos de las personalidades, que en su inconmensurabilidad dejan el campo académico abierto a posibilidades vacías de la imaginación.

73 Holland, siempre preciso aunque no sea cuestión de compartir todas sus opiniones, nos advertía sobre este problema de la *personalidad*: “Its is a mere choice of the more convenient course whether the jurists makes the ‘personal’ dimension of the right or its ‘real’ dimension the basis of his classification. Now as a matter of the fact the personal dimension is one which in the majority of cases need no consideration at all”. Cfr. *Elements of Jurisprudence*, cit., p. 140.

74 El lector dispone de una explicación más extensa de este tema en mi estudio *Persona y ‘officium’*: derechos y competencias, ya citado.

75 Adoptar esta actitud tan metafísica —hablando de “cosas”— puede extrañar al lector actual, quizá influido todavía por el talante que representaron Neurath, Carnap o Russell. Quien así sienta, puede consolarse pensando que, si considera las cosas no incurrirá en las estimables contradicciones de Hobbes, para quien un “pensamiento” era “one a ‘representation’ or ‘appareance’, of some quality, or other accident of a body without us, which is commonly called an object”. En cambio, la razón constituía una “realidad objetiva”. Vid. los capítulos 1 a 5 del Part I del *Leviathan*.